

WYROK

Warszawa, dnia 30 października 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Aleksandra Patyk

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 października 2024 r. przez wykonawcę Budownictwo Mosty Drogi BMD Sp. z o.o. z siedzibą w Nowym Sączu w postępowaniu prowadzonym przez Zarząd Dróg Wojewódzkich w Krakowie przy udziale uczestnika po stronie Zamawiającego – wykonawcy REMOST Sp. z o.o. z siedzibą w Dębicy

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego – wykonawcę Budownictwo Mosty Drogi BMD Sp. z o.o. z siedzibą w Nowym Sączu i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:

Sygn. akt: KIO 3758/24

Uzasadnienie

Zamawiający – Zarząd Dróg Wojewódzkich w Krakowie [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym, o którym mowa w art. 275 pkt 1 ustawy Pzp na *rozbudowę odcinka DW 968 wraz z budową mostu nad rz. Wierzbienica oraz mostu nad rz. Mszanka w m. Mszana Górna* (znak postępowania: ZDW-DN-4-271-59/24).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 26 lipca 2024 r. pod numerem 2024/BZP 00432657/01.

W dniu 14 października 2024 r. wykonawca Budownictwo Mosty Drogi BMD Sp. z o.o. z siedzibą w Nowym Sączu [dalej „Odwołujący”] wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego polegających na:

1. zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy REMOST sp. z o.o. z siedzibą w Dębicy jako niespełniającej warunków udziału w Postępowaniu (art. 226 ust. 1 pkt 5) PZP) i wyborze oferty wykonawcy REMOST sp. z o.o. jako najkorzystniejszej;
2. prowadzeniu Postępowania w sposób nieprzejrzysty.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt. 5) PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy REMOST sp. z o.o., i wybór tej oferty jako najkorzystniejszej pomimo, że treść oferty REMOST sp. z o.o. jest niezgodna z warunkami zamówienia;
2. art. 16 pkt 1) i 2) PZP wobec nierównego traktowania wykonawców i prowadzenia Postępowania w sposób nieprzejrzysty.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty Wykonawcy REMOST sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej;
2. powtórzenie czynności badania i oceny ofert i powtórzenie czynności wyboru oferty;
3. odrzucenie oferty Wykonawcy REMOST sp. z o.o. jako oferty jako niespełniającej warunków zamówienia.

Odwołujący przedstawił stan faktyczny sprawy oraz uzasadnienie zarzutów odwołania.

Zamawiający w dniu 29 października 2024 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

W dniu 28 października 2024 r. pismo procesowe w sprawie złożył Przystępujący, wnosząc o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń

i stanowisk Stron i Uczestnika, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że wykonawca REMOST Sp. z o.o. z siedzibą w Dębicy[dalej „Przystępujący”] skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację warunków zamówienia wraz z załącznikami oraz wyjaśnieniami i modyfikacjami, ofertę Przystępującego wraz wyjaśnieniami, wezwania kierowane do Przystępującego oraz zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 9 października 2024 r.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestnika złożone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy.

Izba zaliczyła w poczet materiału sprawy złożone przez Odwołującego przy odwołaniu oraz w toku rozprawy dowody, tj.:

1. informację z KRS Betard Sp. z o.o. z dnia 29 października 2024 r.;
2. ofertę Betard sp. z o.o. dla Odwołującego z dnia 29 lipca 2024 r. (wapień);
3. ofertę Betard sp. z o.o. dla Odwołującego z dnia 31 lipca 2024 r. (granit);
4. ofertę M.K. z dnia 12 sierpnia 2024 roku (nadzór przyrodniczy, ichtiologiczny i herpetologiczny);
5. ofertę SUPPER SUPPORT sp. z o.o. z dnia 05 września 2024 roku (nadzór saperski).

Izba stwierdziła, że pozostałe wnioski dowodowe załączone przy odwołaniu stanowiły część dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazanej przez Zamawiającego.

Ponadto do akt sprawy Izba włączyła złożony przez Przystępującego przy piśmie procesowym z dnia 28 października 2024 r. dowód, tj.: pismo Betard Sp. z o.o. z dnia 22 października 2024 r.

Na podstawie art. 541 ustawy Pzp Izba oddaliła wniosek Przystępującego o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka p. Wojciecha Smajdora uznając, że fakty będące przedmiotem tego dowodu zostały już stwierdzone innymi dowodami, a jego przeprowadzenie prowadziłoby do przewlekłości postępowania. Okoliczność uzgodnień między przedstawicielami Przystępującego a Betard Sp. z o.o. w zakresie dostawy prefabrykowanych belek strunobetonowych wyprodukowanych na kruszywie granitowym została ujęta w piśmie z dnia 16 września 2024 r. oraz złożonym do akt sprawy oświadczeniu Betard Sp. z o.o. z dnia 22 października 2024 r. Tym samym zgromadzony w sprawie materiał dowodowy był wystarczający do dokonania przez Izbę oceny legalności czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty REMOST jako najkorzystniejszej.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiot zamówienia stanowi wykonanie robót budowlanych obejmujących rozbudowę drogi wojewódzkiej nr 968 (odc. 060 km 2+149 – km 2+341) wraz rozbiórką dwóch istniejących i budową nowych obiektów mostowych, tj. mostu nad rz. Wierzbenica

i mostu nad rz. Mszanka, oraz przebudową / rozbudową niezbędnej infrastruktury w miejscowości Mszana Górna.

Szczegółowe określenie przedmiotu zamówienia zawiera Opis przedmiotu zamówienia (OPZ) stanowiący zał. nr 1 SWZ. Zgodnie z punktem VI Szczegółowego zakresu rzeczowego zamówienia:

5) Wymagania dot. zastosowania materiałów

Zastosowanie materiałów zgodnie z odpowiednimi rozporządzeniami i normami zatwierdzonymi przez Zamawiającego, w tym m.in.:

Do wykonania betonu konstrukcyjnego należy zastosować kruszywo grube granitowe lub bazaltowe oraz cement portlandzki CEM I niskoalkaliczny;

- a) ustrój nośny i podpory obiektu z materiałów dostosowanych do tego typu konstrukcji wg dokumentacji projektowej, z kruszywa granitowego lub bazaltowego (nie dopuszcza się innych kruszyw grubych),
- b) belki prefabrykowane strunobetonowe dostosowane do tego typu konstrukcji, spełniające parametry dla klasy I obciążenia pojazdami samochodowymi (beton belek na kruszywie granitowym lub bazaltowym);

(...)

7) Wycinka drzew i krzewów, roboty rozbiórkowe:

(...)

- b) Wycinka drzew winna zostać przeprowadzona poza okresem lęgowym ptaków, pod nadzorem przyrodniczym,

(...)

13) Ochrona środowiska

(...)

d) Wykonawca zapewni nadzór archeologiczny podczas prowadzenia wszystkich robót ziemnych. W przypadku konieczności Wykonawca zapewni inne nadzory specjalistyczne (np. herpetologiczny, saperski, przyrodniczy, itp.). Koszty nadzorów specjalistycznych należy uwzględnić w cenie ofertowej.

Zgodnie z rozdziałem III.1.SWZ:

3) Ofertę należy przygotować według wzoru stanowiącego zał. nr 2 SWZ.

W ramach oferty składa się formularz WYCENIONEGO WYKAZU ELEMENTÓW ROZLICZENIOWYCH / W' (stanowiący integralną treść oferty jako jej część) przygotowany według wzoru stanowiącego zał. nr 2.1. SWZ. Oferta obejmuje formularz oferty (zał. nr 2 SWZ) i formularz WWER (zał. nr 2.1. SWZ) – jako ofertę należy rozumieć te dwa dokumenty.(...)

Zgodnie z rozdziałem III.12 SWZ: Sposób ustalenia ceny ofertowej:

1) Wynagrodzenie za wykonanie przedmiotowego zamówienia będzie ryczałtowe.

2) Cenę oferty (wartość brutto) należy obliczyć na podstawie informacji zawartych w SWZ tj. na podstawie OPZ (zał. nr 1 SWZ), wypełniając formularz WWER (zał. 2.1. SWZ).

Cenę należy wpisać do formularza oferty (zał. nr 2 SWZ).

3) W cenie oferty należy skalkulować wszystkie koszty i czynności związane z realizacją przedmiotu zamówienia.

W dniu 19 sierpnia 2024 r. upłynął termin składania ofert. W postępowaniu wpłynęło 14 ofert.

Pismem z dnia 3 września 2024 r. Zamawiający wezwał wykonawcę REMOST na podstawie art. 224 do złożenia wyjaśnień, w tym przedłożenia dowodów, w zakresie wyliczenia ceny.

Pismem z dnia 9 września 2024 r. wykonawca REMOST udzielił wyjaśnień na powyższe wezwanie Zamawiającego. Do wyjaśnień załączono m.in. ofertę Betard

Sp. z o.o. z dnia 5 sierpnia 2024 r. zawierającą w tabeli „Elementy prefabrykowane podsumowanie” pozycję nr 1 Beton C40/50, C50/60 (wapień).

Pismem z dnia 10 września 2024 r. Zamawiający wezwał wykonawcę REMOST do doprecyzowania wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny oferty.

Pismem z dnia 11 września 2024 r. wykonawca REMOST udzielił odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego załączając dwa kosztorysy:

- KO „budowa mostu nad rzeką Wierzbica wraz z dojazdami”;
- KO „budowa mostu nad rzeką Mszanka wraz dojazdami” .

Pismem z dnia 13 września 2024 r. Zamawiający wezwał wykonawcę REMOST na podstawie art. 223 ust. 1 i art. 224 ustawy Pzp do dalszego doprecyzowania wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny oferty. Zamawiający wniósł o doprecyzowanie, dopełnienie

i uszczegółowienie przekazanych informacji i wyjaśnień dotyczących wyszczególnionych elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w zakresie przedstawionej wyceny robót budowlanych w kontekście m.in. rodzaju materiału belek prefabrykowanych służących do budowy konstrukcji nośnej mostów.

Pismem z dnia 16 września 2024 r. wykonawca REMOST udzielił dalszych wyjaśnień. Wykonawca wyjaśnił w szczególności, że:

„oferta cenowa podmiotu BETARD Sp. z o.o. ul. Polna 30, 55095 Długołęka dotycząca dostawy belek strunobetonowych typu „T” i „Kujan” (plik pn. Zał. nr 2.2. of. belki pref.), w pkt I zawierającym tabelę Elementy prefabrykowane podsumowanie w kolumnie Wyszczególnienie została zamieszczona informacja o rodzaju kruszywa (wapieni) dla betonu C40/50, C50/60 ponieważ wskazany podmiot standardowo oferuje i wykonuje prefabrykowane belki mostowe na kruszywie wapiennym, a Specyfikacja Techniczna nie eliminuje kruszywa wapiennego z możliwości wyprodukowania belek na to zadanie. Po uzyskaniu oferty na dostawę belek telefonicznie omówiono kwestię zmiany kruszywa grubego z wapieni na granit, lub bazalt w wyniku czego uzyskano potwierdzenie, że

w zaoferowanej cenie podmiot Betard dostarczy belki strunobetonowe wykonane na kruszywie granitowym. Na podstawie oferty wraz z wyjaśnieniami i ustaleniami dokonano skalkulowania ceny oferty na wykonanie robót zgodnie z OPZ. Ze względu na długoletnią

i wzorową współpracę w firmę Betard uzgodnienie telefoniczne potwierdzające warunki oferty na etapie przetargu było dla nas wystarczające. Na potwierdzenie przed przetargowych uzgodnień telefonicznych świadczących o prawidłowo skalkulowanej cenie oferty, przedstawiamy w załączeniu zaktualizowaną ofertę na dostawę prefabrykowanych belek strunobetonowych, która uwzględnia warunki ustalone na etapie przed przetargiem.”

Ponadto REMOST załączył do wyjaśnień ofertę Betard sp. z o.o. z dnia 16 września 2024 r., która była identyczna pod względem finansowym jak oferta z dnia 5 sierpnia 2024 r. a w zakresie rzeczowym zawierała jedną zmianę w pozycji 1 tabeli „Elementy prefabrykowane podsumowanie” gdzie zastąpiono słowo „wapień” słowem „granit”.

W dniu 25 września 2024 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty REMOST. Oferta Odwołującego uplasowała się na drugim miejscu w rankingu ofert.

W dniu 8 października 2024 r. Zamawiający zawiadomił o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 25 września 2024 r. Jednocześnie pismem z dnia

8 października 2024 r. Zamawiający stwierdził bezskuteczność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy REMOST w zakresie kalkulacji ceny ofertowej ujętych

w pismach z dnia 09.09.2024 r., 11.09.2024 r. i 16.09.2024 r. (w kontekście części załączników do tych pism).

W dniu 9 października 2024 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty REMOST. Oferta Odwołującego uplasowała się na drugim miejscu w rankingu ofert.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Izba za bezzasadne uznała zarzuty naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 oraz art. 16 pkt 1

i 2 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego jako niezgodnej

z warunkami zamówienia oraz prowadzenie postępowania z naruszeniem zasady przejrzystości i równego traktowania wykonawców.

Przywołując podstawy prawne zarzutów odwołania wskazać należy, iż zgodnie

z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Z kolei pod pojęciem warunków zamówienia należy rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych

z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego (art. 7 pkt 29 ustawy Pzp). Truizmem jest stwierdzenie, iż podstawą odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp nie mogą być przypuszczenia czy domniemania wykonawcy.

Za wyrokiem KIO z dnia 15 maja 2023 r. sygn. akt: KIO 1205/23 wskazać należy, iż *Niezgodność treści oferty z treścią SWZ zachodzi, gdy zawartość merytoryczna złożonej*

w danym postępowaniu oferty nie odpowiada ukształtowanym przez zamawiającego

i zawartym w SWZ wymaganiom. Odrzucenie oferty jako niezgodnej z warunkami zamówienia wymaga jednak, aby zamawiający powziął pewność na podstawie treści oferty, że dana oferta nie spełnia określonego jednoznacznie w SWZ wymogu. Niezgodność taka musi mieć charakter merytoryczny." Jednocześnie stosownie do art. 16 ustawy Pzp,

zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia

w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.

Osią sporu wynikającą z treści odwołania było zaniechanie odrzucenia oferty REMOST z uwagi na niezgodność z warunkami zamówienia polegającą na zaoferowaniu belek strunobetonowych wykonanych z kruszywa niedozwolonego w SWZ, tj. belek na bazie wapienia a nie granitu lub bazaltu jak wymagał Zamawiający, jak również nieuwzględnienie w cenie oferty określonych prac nadzorczych (nadzoru przyrodniczego, archeologicznego, saperskiego oraz herpetologicznego). Odwołujący ponadto zarzucił, iż przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone było z naruszeniem fundamentalnych zasad określonych w art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp.

Analiza okoliczności faktycznych sprawy doprowadziła Izbę do przekonania, iż

wybór oferty REMOST jako najkorzystniejszej nie naruszał zarzucanych przepisów ustawy Pzp, a przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone było

z poszanowaniem zasady równego traktowania wykonawców i przejrzystości. Zdaniem składu orzekającego stanowisko zaprezentowane przez Zamawiającego oraz Przystępującego w pismach procesowych, jak również w toku rozprawy było prawidłowe, toteż Izba uznała argumentację Zamawiającego oraz Uczestnika postępowania za własną.

Odnosząc się kluczowych aspektów sprawy, tj. w pierwszej kolejności do zaoferowania przez REMOST belek prefabrykowanych wykonanych z kruszywa niedozwolonego na gruncie opisu przedmiotu zamówienia (na bazie wapienia) przede wszystkim podkreślenia wymaga, że ww. kwestia była przedmiotem wyjaśnień w toku postępowania o udzielenie zamówienia, które zostały przez Odwołującego pominięte. Odwołujący zbudował zarzut odwołania wyłącznie na porównaniu załączonych do wyjaśnień rażąco niskiej ceny ofert Betard z dnia 5 sierpnia 2024 r. oraz z dnia 16 września 2024 r., ignorując przy tym treść złożonych przez Przystępującego wyjaśnień zawartych w piśmie

z dnia 16 września 2024 r. Tymczasem z rzeczonego pisma po pierwsze wynika, że REMOST do kalkulacji ceny przyjął materiały zgodne z zakresem rzeczowym zadania, uwzględniające wymagania Zamawiającego określone w opisie przedmiotu zamówienia, szczegółowym zakresie rzeczowym zadania oraz specyfikacjach technicznych. Po drugie, że REMOST miał świadomość warunków, jakie postawił Zamawiający w ramach opisu przedmiotu zamówienia, tj.

wykonania belek strunobetonowych z kruszywa bazaltowego lub granitowego, stąd też przed złożeniem oferty dokonał telefonicznie stosownych uzgodnień

z dostawcą Betard Sp. z o.o. co do rodzaju kruszywa i warunków cenowych, w wyniku których uzyskał ofertę z dnia 16 września 2024 r. potwierdzającą użycie kruszyw zgodnych

z wymaganiami Zamawiającego, tożsamą cenowo względem oferty z dnia 5 sierpnia 2024 r. Ponadto wyjaśnienia Przystępującego zawarte w piśmie z dnia 16 września 2024 r. są spójne i korespondują z oświadczeniem Betard Sp. z o.o. z dnia 22 października 2024 r.,

w którym czytamy, że: „1. W dniu 05.08.2024 złożyliśmy ofertę firmie Remost sp. z o.o. ul. Przemysłowa 10, 39 – 200 Dębica (Nr oferty 2024/08/02/JJ) na produkcję i dostawę belek prefabrykowanych na kruszywie wapiennym. 2. W tym samym dniu w rozmowie telefonicznej z Panem Wojciechem Smajdorem z firmy Remost omówiono rodzaj zastosowanego

w ofercie kruszywa z uwagi na zapisy zawarte w Specyfikacji Technicznej M.13.03.01 oraz Szczegółowy Zakres Rzeczowy Zadania. W toku przeprowadzonej rozmowy oraz mając na uwadze długoletnią współpracę z firmą Remost, która za każdym razem przebiega wzorowo, uzgodniono, iż w zaoferowanej cenie firma Betard dostarczy prefabrykowane belki strunobetonowe wyprodukowane na kruszywie granitowym. Nasze uzgodnienia w rozmowie były i są wiążące. 3. W dniu 16.09.2024 na prośbę firmy Remost potwierdziliśmy nasze ustalenia z rozmowy z dnia 5 sierpnia 2024 przedstawiając ofertę (Nr oferty 2024/09/22/JJ) na produkcję i dostawę belek prefabrykowanych na kruszywie granitowym.” Wiarygodności oświadczenia Betard z dnia 22 października 2024 r. wbrew twierdzeniom Odwołującego nie podważa okoliczność, iż przedmiotowe pismo nie zostało podpisane przez członka zarządu uprawnionego do reprezentacji spółki. Odwołujący nie wykazał, iż p. Jacek Jarosz, tj. osoba która podpisała przedmiotowe oświadczenie w imieniu Betard Sp. z o.o. nie była osobą umocowaną do złożenia oświadczenia tego typu. Co więcej, Odwołujący nie kwestionował pod względem formalnym ofert Betard złożonych przez Przystępującego na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności oferty z dnia

16 września 2024 r., która również została podpisana przez p. Jacka Jarosza. Zauważyć nadto należy, iż Odwołujący załączył do odwołania jako dowody oferty Betard Sp. z o.o.

z dnia 29 i 31 lipca 2024 r. sporządzone na rzecz Wykonawcy, które także zostały podpisane przez p. Jacka Jarosza, co jedynie potwierdza, że stanowisko Odwołującego zostało wykreowane na potrzeby niniejszego postępowania odwoławczego.

Podsumowując powyższe, stwierdzić należy, iż całokształt okoliczności sprawy,

w tym w szczególności wyjaśnienia REMOST złożone w toku postępowania o udzielenie zamówienia nie dają podstaw do stwierdzenia, iż na moment złożenia oferty Przystępujący zakładał realizację zamówienia przy wykorzystaniu belek strunobetonowych na bazie wapienia. Stanowisko Odwołującego oparte zostało na gołosłownej i nieudowodnionej tezie, wywodzonej z załączonego do wyjaśnień rażąco niskiej ceny dowodu w postaci oferty Betard Sp. z o.o. z dnia 5 sierpnia 2024 r., z pominięciem złożonych przez REMOST wyjaśnień.

W tym miejscu przypomnienia wymaga, iż zasadniczym celem procedury uruchamianej przez zamawiającego w trybie art. 224 ustawy Pzp jest wyjaśnienie poziomu ceny lub kosztu oferty lub ich istotnych części składowych. Tym samym dowody składane przez wykonawcę

w ramach owej procedury mają na celu wykazanie, że oferta wykonawcy nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu, nie zaś potwierdzenie zgodności oferowanego przedmiotu świadczenia z wymogami specyfikacji (por. wyrok KIO z dnia 17 maja 2022 r. sygn. akt: KIO 936/22, KIO 1019/22 i KIO 1020/22). Nie oznacza to jednak, że w określonych okolicznościach faktycznych, wymagających każdorazowo pogłębionej i rzetelnej analizy, na podstawie treści wyjaśnień ceny oferty nie mogą ujawnić się podstawy do odrzucenia oferty w oparciu o inne przesłanki, np. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp (por. KIO w wyroku z dnia 13 maja 2021 r. sygn. akt: KIO 1026/21). Niemniej jednak w rozpoznawanej sprawie przesłanka określona w art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp nie została przez Odwołującego wykazana. Kwestia wskazanego w ofercie Betard z dnia 5 sierpnia 2024 r. wapienia została wyjaśniona przez REMOST w toku postępowania o udzielenie zamówienia, złożone wyjaśnienia zdaniem składu orzekającego były spójne, logiczne, wiarygodne i nie zostały podważone przez Odwołującego. Końcowo, wskazać należy, że za bez znaczenia dla istoty sporu Izba uznała załączone do odwołania oferty Betard Sp. z o.o. wystawione na rzecz Odwołującego celem wykazania różnic cenowych za belki wyprodukowane z wapienia

i granitu. Słusznie podniósł Przystępujący, że ich treść jest wypadkową relacji Betard

Sp. z o.o. i Odwołującego oraz polityki handlowej przyjętej przez producenta wobec tego dostawcy, dlatego też przedstawione oferty mogą potwierdzać jedynie warunki handlowe uzyskane przez Odwołującego i nie mają żadnego przełożenia na kalkulację ceny REMOST.

Przechodząc następnie do kwestii zaniechania uwzględnienia w ofercie nadzorów (przyrodniczego, archeologicznego, saperskiego, herpetologicznego) wskazać należy, iż zasadniczy błąd Odwołującego polegał na zbudowaniu zarzutu na

przypuszczeniu, że Przystępujący nie uwzględnił w ofercie kosztów związanych z wykonaniem nadzorów, bowiem te nie zostały wyszczególnione w kosztorysach. Zdaniem Izby powyższa okoliczność nie dowodzi, że koszty określonych nadzorów nie zostały wycenione i ujęte w ofercie REMOST. Analogicznie jak w przypadku oferty Betard Sp. z o.o. wskazać należy, iż kosztorysy ofertowe złożone przez REMOST służyły wykazaniu prawidłowości kalkulacji ceny oferty, a nie potwierdzeniu zgodności zaoferowanego świadczenia z warunkami zamówienia. Nie można również pominąć, iż z uwagi na ryczałtowy charakter zamówienia Zamawiający nie żądał od REMOST szczegółowego, jednostkowego rozbiecia wszystkich kosztów związanych z realizacją zamówienia zarówno w ramach samej treści oferty (WWER), jak i wyjaśnień rażąco niskiej ceny. W szczególności w skierowanych do Przystępującego wezwaniach Zamawiający nie oczekiwał od Wykonawcy przedstawienia

w osobnej pozycji kosztorysowej kosztów związanych z nadzorami, co oznacza, że stopień szczegółowości kosztorysów pozostawał w gestii Wykonawcy. Ponadto, wykonawca REMOST w wyjaśnieniach poziomu ceny złożył oświadczenie, że zaoferowana cena zawiera wszystkie składniki oraz koszty niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia

w zakresie określonym w specyfikacji, a stanowisko Odwołującego nie dało podstaw do jego podważenia. Na końcu wskazać należy, iż podnoszona przez Odwołującego kwestia niebagatelnej kwotowo wyceny nadzorów była irrelevantna z perspektywy oceny zasadności postawionego zarzutu, tj. zgodności oferty REMOST z warunkami zamówienia. Jeżeli Odwołujący uważał, że złożone przez Przystępującego wyjaśnienia ceny oferty wraz

z dowodami nie uzasadniały podanej w ofercie ceny, czy też że zaoferowana cena nosiła znamiona rażąco niskiej, to powinien sformułować zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8

w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, czego nie uczynił.

Biorąc pod uwagę powyższe brak było podstaw do uznania, iż oferta wykonawcy REMOST podlega odrzuceniu zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Oddaleniu podlegał również zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp wobec nierównego traktowania wykonawców i prowadzenia postępowania w sposób nieprzejrzysty. Stwierdzić należy, iż zawarte w odwołaniu okoliczności nie wskazują na nierówne traktowanie wykonawców w tożsamej sytuacji faktycznej. Nie sposób zatem

mówić o naruszeniu zasady zawartej w art. 16 pkt 1 ustawy Pzp. Odwołujący nie powiazał nadto wskazanych w odwołaniu okoliczności z naruszeniem konkretnego, szczególnego przepisu ustawy Pzp oraz nie zawarł żądania, które Zamawiający miałby wykonać w celu usunięcia zarzucanego naruszenia przepisów ustawy Pzp. Co więcej, wskazane w odwołaniu okoliczności faktyczne potwierdzają, iż działanie Zamawiającego było transparentne. Dokonana przez Zamawiającego rewizja decyzji polegająca na uznaniu za bezskuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa REMOST poprzedzona unieważnieniem pierwotnej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej wywołana została wniesionym przez Odwołującego środkiem ochrony prawnej, czyniąc tym samym zadość oczekiwaniom Wykonawcy, który mógł zapoznać się z treścią odtajnionych dokumentów. Opisane działanie mieści się w granicach swobody Zamawiającego jako gospodarza postępowania, który uprawniony jest do autokorekty czynności podjętych w toku postępowania o udzielenie zamówienia i nie stanowi naruszenia zasady określonej w art. 16 pkt 2 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 2 zdanie pierwsze rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodnicząca: